

# Cuestiones fundamentales de la teoría de la intervención delictiva (autoría por mano ajena)

Urs Kindhäuser, Bonn

## I. Introducción [\[arriba\]](#)

No sólo es jurídico-penalmente responsable aquel que perpetra un delito solo y por sí mismo, sino también aquel que lo perpetra en conjunto con otros. La realización conjunta de un hecho punible se denomina “intervención”. Desde hace unos buenos doscientos años, la judicatura y la ciencia jurídico-penal en Alemania se ocupan intensamente de la pregunta de si debería haber diferentes formas de intervención y cómo éstas habrían de ser fundamentadas y configuradas. En el curso de los años, las perspectivas han sufrido variaciones fundamentales. Uno puede diferenciar tres grandes periodos. En la primera fase, destacaba el intento por demarcar las formas de intervención en atención a la cualidad de la causalidad de las diferentes contribuciones individuales al hecho. En la segunda fase, la pregunta controversial era si para la valoración de la contribución individual al hecho lo decisivo debía ser la actitud interna del interviniente o, en cambio, la importancia objetiva de su comportamiento para la ejecución del hecho. En la discusión actual, en la que ciertamente aún no se encuentra dicha la última palabra, se ven enfrentados los partidarios de un punto de vista fáctico y quienes favorecen un esquema de atribución normativa.

Mi propósito no es añadir una teoría adicional al oleaje de posiciones existentes en la bibliografía y jurisprudencia. Más bien, me parece apremiante redirigir la mirada a los fundamentos legales, así como a su interpretación de la mano de los principios básicos del derecho penal - ante todo, el principio de legalidad, el principio de autonomía y el principio de culpabilidad. Bajo estas premisas, en lo que sigue quisiera ocuparme de las tres formas de la autoría - la autoría directa individual, la autoría mediata y la coautoría - y sólo dar cuenta de la inducción en pos de su demarcación frente a éstas. Los pormenores de la participación por complicidad no serán objeto de mayor consideración.

*Las tesis que quisiera fundamentar rezan como sigue:*

(1) A los tipos delictivos de la parte especial subyace un determinado modelo de la autoría individual: es autor quien realiza un tipo delictivo de modo contrario a deber. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber es superflua.

(2) La autoría mediata constituye una ampliación normativa de la infracción de deber de propia mano, que sólo es posible bajo presupuestos legales estrictos.

(3) La coautoría es una ulterior forma de ampliación normativa de la infracción de deber de propia mano, que también se encuentra sometida a presupuestos legales estrictos.

## II. Sobre la teoría del dominio del hecho [\[arriba\]](#)

1. Quisiera partir fundamentando la primera tesis, y ya en referencia a la pregunta acerca de los criterios para la autoría que se obtienen de la propia ley. A primera vista, de las formulaciones del código penal parece dejarse extraer claramente quién es autor. Autor es

aquel que se comporta como el correspondiente “el que”, de una manera que cae bajo la descripción de un tipo delictivo de la parte especial. A modo de ejemplo: quien perfora a otro letalmente con un cuchillo, es autor de un homicidio. Y aquel que lo ha incitado a ello, por la vía de ofrecerle una recompensa, ha intervenido en el hecho como inductor. Semejante comprensión de la dogmática de la intervención, orientada al tenor literal de la ley, es conocida, a partir de v. Birkmeyer, teoría objetivo-formal.[1] Ella dominó la bibliografía en la primera mitad del siglo veinte, más allá de divergencias de detalle.

Esta teoría es rechazada, sin embargo, por la concepción actualmente dominante, la así llamada teoría objetivo-material, también conocida como teoría del dominio del hecho, con el siguiente argumento: semejante punto de vista formal impediría considerar autores a aquellas personas cuyo comportamiento no cae bajo la descripción del tipo delictivo.[2] Esta objeción sorprende, a lo menos por dos razones. Por un lado, en el derecho penal lo inadmisibles no es que los límites formales sean respetados, sino precisamente que sean sobrepasados. Por otro lado, también se plantea la pregunta acerca de cómo alguien cuyo comportamiento no es típico pudiera ser considerado autor. Pues el principio de legalidad jurídico-penal reza: *nullum crimen sine lege certa, praevia, scripta et stricta*.

La teoría del dominio del hecho elude responder esta pregunta, por la vía de invertir sus términos: la autoría no tendría que orientarse al concepto legal “el que”, sino que el concepto “el que” se convierte en el cartucho en el cual es introducido el concepto de autoría, que es determinado por otra vía. Pero este proceder deja las puertas completamente abiertas a la arbitrariedad, y por lo demás sólo sería aceptable si existiera un concepto definido de autoría antepuesto al derecho, que pudiese extraerse, en cierto modo, de la naturaleza misma de la cosa. Sin embargo, la teoría objetivo-material no ofrece en lo absoluto un concepto uniforme de autor, sino que junto a los así llamados delitos de dominio sitúa los delitos de infracción de un deber, cuya fundamentación descansa en otros criterios, y entre los cuales figurarían los delitos especiales y los delitos de omisión impropia. Como autor un delito de infracción de un deber sólo vendría en consideración la persona respectivamente obligada; cualquier otro interviniente que no sea portador del correspondiente deber a lo sumo podría responder como partícipe.[3]

Tratándose de los delitos de dominio, en cambio, el así llamado dominio del hecho debería servir como criterio determinante para la diferenciación de las formas de intervención. El concepto de dominio del hecho, que tiene su origen en la teoría final de la acción,[4] entiende al autor - en su tipología más conspicua - como aquel que intencionalmente ejecuta una resolución de voluntad referida a la realización del tipo delictivo. (De paso: en tal medida, no es sorprendente que los puntos débiles de la teoría final de la acción también conspiran en contra de la correspondiente fundamentación de la teoría del dominio del hecho. En tanto configuración intencional del suceso, el dominio del hecho no puede servir de criterio relevante para la autoría tratándose de la omisión y la imprudencia[5] - y así tampoco tratándose incluso del dolo eventual.) Específicamente, el dominio del hecho queda definido, por una parte, por el dominio de la decisión, relativo a si el hecho llega a cometerse o no; y por otra, por el dominio de configuración, relativo a cómo el hecho es específicamente perpetrado. En cualquier caso, el criterio del dominio del hecho es determinado de modo sumamente heterogéneo bajo las distintas formas de autoría.

Mientras que el autor directo en cierta medida ostenta el pleno dominio del hecho, los coautores sólo cuentan con un dominio funcional del hecho. El dominio funcional del hecho consiste en un proceder basado en la división del trabajo, en el cual los coautores ejercen

una medida aproximadamente equivalente de dominio del hecho. Un plus de dominio de decisión puede compensar un minus de dominio de configuración, y vice versa.

El dominio del hecho es fundamentado de modo enteramente distinto en la autoría mediata. Aquí lo decisivo sería que el autor tenga control sobre la voluntad del hombre de adelante, su “instrumento” humano. Y habría tres posibilidades de ostentar tal control sobre otro:

(1) En la ejecución del hecho, en el hombre de adelante falla un presupuesto de la punibilidad, por encontrarse en un error, o bien por actuar con una causa de justificación o sin culpabilidad, o bien por no satisfacerse en su persona algún específico “elemento del deber”. Este déficit de punibilidad es aprovechado por el hombre de atrás; por ejemplo, el hombre de atrás pone al hombre de adelante bajo un error de tipo, excluyente del dolo.

(2) El hombre de atrás se aprovecha de que el hombre de adelante se encuentra en un error de motivación de cierta relevancia. Por ejemplo, el hombre de adelante daña una vasija ajena especialmente valiosa, que él, engañado por el hombre de atrás, erróneamente tiene por carente de valor.

(3) El hombre de atrás dirige al hombre de adelante, por la vía de aprovecharse de rígidas formas de organización (“aparatos organizados de poder”) o de cursos de acción rutinarios. De esta manera, el que ocupa una posición de superioridad jerárquica en un Estado dictatorial, en una organización criminal o en una gran empresa económica, controlaría el comportamiento del ejecutor en la forma de un “autor detrás del autor”.

2. Ante estos criterios sorprendentemente dispares para la autoría, se plantea la pregunta de cuál habría de ser siquiera el núcleo común del dominio del hecho. ¿Cómo fenómenos tan diversos, y aun contrapuestos, como el dominio de la voluntad y la división del trabajo, habrían de ser igualmente idóneos para fundamentar la responsabilidad de una persona por el comportamiento de otra persona a título de autoría? ¿Qué significa, en sentido jurídico-penal, tener “dominio sobre el hecho”? La teoría del dominio del hecho dice que sería autor quien “tiene en sus manos” el suceso típicamente relevante, quien aparece como la “figura central” del suceso; sería partícipe, en cambio, quien sólo contribuye en el margen. Pero si bien “figura central” y “figura marginal” son bonitas imágenes, ellas no constituyen categorías dogmáticas.[6]

Desde ya es dogmáticamente sospechosa la fundamentación dispar de la responsabilidad por un comportamiento a través de la bifurcación de los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber. Pues aquel que en el sentido del dominio del hecho crea un peligro típicamente relevante por principio también es garante por injerencia, quedando con ello especialmente obligado a su supresión.[7] Por ejemplo, quien pone una bomba cuya explosión pudiera generar daños para la vida, la integridad y la propiedad de otros, según los principios de la injerencia, tiene que neutralizar este peligro como garante por vigilancia. Bajo toda creación no permitida de un peligro por vía de comisión activa se encuentra normativamente escondido el mandato de suprimir ese peligro, con independencia de que este mandato pueda quedar desplazado por subsidiariedad frente a la respectiva prohibición de la comisión activa, o bien que fácticamente el autor pueda verse imposibilitado de seguirlo en la concreta situación.[8]

Si uno -tal como lo favorecen los partidarios de esta teoría- relaciona los delitos de infracción de un deber con deberes de naturaleza extra-penal, estructuralmente la cuestión sigue siendo la misma. En tal caso, el respectivo deber extra-penal cuenta como un elemento del tipo, y ha de ser lógicamente diferenciado del deber general cuya infracción fundamenta la autoría, consistente en evitar la realización del tipo. El deber extra-penal sólo determina, en tanto específico elemento del tipo, quién puede siquiera realizar el tipo y así llegar a ser autor, pero no determina quién es efectivamente autor, por la vía de haber infringido el deber de evitar la realización del tipo, entre cuyos elementos figura esa cualificación especial. Tratándose de delitos especiales, los criterios para la autoría en nada se diferencian de los criterios generales de autoría. A modo de ejemplo: sólo un juez puede cometer una prevaricación judicial; en tal medida, la propiedad o característica especial de una persona, consistente en ser juez, cuenta como un elemento del tipo de la prevaricación judicial. Bajo qué condiciones un juez ha de ser visto como autor de una prevaricación, empero, depende de los presupuestos generales de la autoría en sentido jurídico-penal, que son idénticos tratándose de una prevaricación judicial, de una falsificación de documentos o de un hurto.

De ahí que pueda sostenerse sin más, por un lado, que todos los delitos son delitos de infracción de un deber, así como, por otro lado, que todo delito presupone el dominio imputable de la realización del correspondiente tipo delictivo.

Como conclusión provisional cabe afirmar entonces: la teoría del dominio del hecho no ofrece un criterio útil para la fundamentación de autoría en sentido material. Por una parte, ella distingue, de modo poco plausible, entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber, estableciendo presupuestos heterogéneos para su punibilidad. Por otra parte, los criterios de dominio del hecho que ella propone no sólo son dispares, sino aun incompatibles entre sí, resultando enteramente incierto qué habría que entender siquiera por dominio del hecho. La teoría del dominio del hecho es una doctrina dogmática que no alcanza a satisfacer los presupuestos mínimos de una teoría científica: no es simple, no es consistente y no es útil. Se trata de una mezcolanza de soluciones aisladas sin coherencia lógica. Por ello, los partidarios de la teoría del dominio del hecho no son capaces de responder coincidentemente preguntas que siguen abiertas: una parte de sus partidarios defiende la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, otra parte la rechaza; una parte de sus partidarios favorece la coautoría del jefe de la banda que planifica el hecho sin tomar parte en su ejecución, otra parte la rechaza -y así sucesivamente.

### III. Autoría directa [\[arriba\]](#)

1. Para obtener claridad y certeza dogmática, parece necesario volver a examinar las premisas de la teoría objetivo-formal de la intervención, e intentar así desarrollar los criterios para la autoría a partir de la ley misma. Para ello, lo primero es dirigir la mirada hacia el modelo básico de constitución de un hecho punible cometido por un autor único.

Los tipos delictivos de la parte especial se dejan entender como formulaciones de determinadas normas de comportamiento para la protección de bienes jurídicos frente a su lesión o puesta en peligro. Ellos describen el comportamiento activo u omisivo que se encuentra prohibido bajo pena. Sólo contraviene semejante prohibición quien está en posición de seguirla, esto es, quien puede evitar la realización del tipo a través de la

adopción de una alternativa de comportamiento. Pues el principio de culpabilidad, determinante para el derecho penal, establece que una persona sólo puede ser jurídico-penalmente responsable por aquellas formas de comportamiento, incluidas sus consecuencias, que ella misma es capaz de evitar, según la medida de fidelidad al derecho que se espera de ella.

Esta vinculación a la norma según la medida de la capacidad de acción de su destinatario, en el sentido del principio *ultra posse nemo obligatur*, puede ser designada “deber”. Así, actúa de modo contrario a deber quien está en posición, intelectual y físicamente, de evitar una realización del tipo condicionada por su propio comportamiento. Por ejemplo, infringe el deber que resulta de la prohibición del homicidio quien a través de su comportamiento causa la muerte de otro, a pesar de haber advertido esto y de haber sido corporalmente capaz de comportarse de otro modo.

2. Los conceptos de hecho y dominio del hecho son fáciles de introducir en esta concepción de la teoría de las normas del derecho penal: el hecho es el comportamiento, incluidas sus consecuencias y circunstancias concomitantes, que cae bajo la descripción del tipo delictivo, y el dominio del hecho es la capacidad de evitar esta realización del tipo. Dicho brevemente: “hecho” significa “realización del tipo” y “dominio del hecho” significa “capacidad de acción con arreglo a la norma”.

Si en este sentido uno identifica el dominio del hecho jurídico-penalmente relevante con la capacidad de acción requerida para la evitación de la realización del tipo, entonces el dominio del hecho sólo puede estar referido al propio comportamiento, y jamás al comportamiento de otra persona. Es posible, con todo, que A sólo pueda ejecutar una acción si B efectúa una contribución auxiliar para ello. Pero también entonces el dominio del hecho de B se reducirá a que él puede evitar su contribución causal para el resultado. En ningún caso puede B, a través de su propio comportamiento, ejecutar la acción de A.

A modo de ejemplo: Si B proporciona un cuchillo a A, con el cual éste perfora letalmente a O, cabe decir: “A ha matado a O con el cuchillo”. También sería correcto decir “B ha causado la muerte de O por el hecho de haber proporcionado el cuchillo a A”. En cambio, sería incorrecto decir “B ha matado a O, al haber proporcionado a A el cuchillo con el cual éste perforó a O”. A pesar de que tanto el comportamiento de A como el comportamiento de B han sido respectivamente causales para la muerte de O, sólo el comportamiento causal de A se deja describir como “matar”.

Puesto que toda adscripción de una acción implica la hipótesis de que el agente domina su propio comportamiento, es lingüísticamente anómalo adscribir a alguien una acción mediada por el actuar de un tercero. Los característicos verbos de acción del derecho penal, tales como “matar”, “lesionar”, “dañar”, etcétera, siempre se refieren a algún comportamiento que, sin mediación de la acción de otra persona, conduce al respectivo resultado.

De esto se sigue que no sólo los tipos de los delitos de mera actividad, sino también los tipos de los delitos dolosos de resultado, que prohíben matar, lesionar o dañar, implican un concepto de autor sumamente estrecho. Con ello, una ampliación de la autoría a casos en

que un comportamiento no cae bajo la descripción del tipo de un delito doloso presupone un fundamento legal, que en tal medida tendrá carácter constitutivo.

El Código Penal alemán contiene reglas de estas características (parágrafo 25 I, 1ª parte, alt. 2ª, y 25 II StGB). De acuerdo con estas reglas, sólo puede ser autor quien, en el sentido de la autoría mediata, comete el hecho a través de otro, o quien, en el sentido de la coautoría, comete el hecho conjuntamente con otros. En otras palabras, la autoría mediata y la coautoría son formas de autoría legalmente constituidas, bajo cuyos presupuestos un comportamiento puede ser subsumido bajo un tipo delictivo.

#### **IV. Autoría mediata [\[arriba\]](#)**

1. Echemos un vistazo primero a la autoría mediata, que está definida en el sentido de que es autor quien comete el hecho a través de otro. Para determinar el significado de la expresión “a través de otro” vienen tres posibilidades en consideración:

- (1) El autor mediato utiliza otra persona como instrumento mediante vis absoluta.
- (2) El autor mediato determina a otra persona a que realice el hecho de modo plenamente delictivo.
- (3) El autor mediato determina a otra persona a realizar el hecho, sin que ésta actúe de modo plenamente delictivo.

2. Es claro que la autoría mediata no se deja construir en el sentido de la primera variante. Pues el ejercicio de vis absoluta se corresponde con una forma de autoría directa.[9] Si por ejemplo A da un empujón a B, quien al caer daña una cosa de O, entonces A daña la cosa de O en autoría directa. Pues a consecuencia de su falta de capacidad física potencial, el daño de la cosa no era evitable para B; antes bien, B sólo aparece como un factor causal en la causación inmediata del daño por parte de A. En tal medida, este caso pertenece a las constelaciones de una infracción de deber de propia mano.

Así, la autoría mediata tiene que estar referida a casos en que la infracción de deber del autor se encuentra a lo menos mediata por el comportamiento de otra persona, que cuenta a su vez con capacidad de acción potencial.[10] A modo de fórmula se deja decir: si una persona - como A en el caso del ejemplo - ni siquiera podría haber evitado la causación del resultado en caso de haberlo querido, ella sólo aparece, en tal medida,[11] como eslabón incapaz de acción de una cadena causal, y así también como objeto idóneo de una vis absoluta. Para contar como hombre de adelante en el marco de la autoría mediata, por el contrario, una persona tiene que ser (físicamente) capaz de evitar la realización del tipo, en caso de tener la intención de hacerlo.

3. Por ello, como forma de autoría mediata podría venir en consideración la segunda variante ya mencionada: sería autor mediato quien da lugar a que el hombre de adelante ejecute el hecho a través de un actuar plenamente delictivo. Así, el hombre de atrás habría de ser visto como autor si a él resulta normativamente imputable la infracción de deber del hombre de adelante como hecho propio. En la historia de la dogmática de la intervención, en particular hubo dos formas de autoría construidas de este modo: el mandato (mandatum) y la orden (iussum). Ambas se fundaban en el tradicional principio del derecho romano:

quien deja que otro realice algo por él, es visto como si él mismo lo hubiese hecho (“quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur”).[12] En el derecho civil, por ejemplo, la figura de imputación de la representación se asienta sobre este principio. Otro puede obligarme a través de su comportamiento, como si yo mismo hubiese emitido la respectiva declaración de voluntad. Se trata del principio de la representación.

Parecería posible entonces fundamentar la autoría mediata sobre la base de una representación. Pero a ello se opone, según el derecho actualmente vigente, que precisamente este caso sea abarcado por el supuesto de hecho de la inducción. Sistemáticamente no es posible construir una y la misma constelación como participación y al mismo tiempo como autoría. Dado que el legislador se ha decidido por la inducción, de lege lata se encuentra excluida una autoría mediata.[13] En todo caso, la circunstancia de que en la inducción se esconda, materialmente, un principio de autoría, se deja reconocer en que el marco penal correspondiente a la inducción se encuentre equiparado al marco penal que corresponde a la autoría. La teoría del dominio del hecho es incapaz de ofrecer un fundamento para esta equiparación. Pues el inductor, que deja a otro la ejecución del hecho plenamente delictivo, precisamente carece de aquello que tendría que fundamentar la autoría: el dominio sobre la ejecución del hecho.

4. De las reflexiones precedentes se sigue que sólo la tercera de las variantes antes enunciadas es apta para la construcción de la autoría mediata: el hombre de adelante no puede ser mero factor causal en el sentido de una vis absoluta, pero tampoco autor en sentido plenamente delictivo. Antes bien, él tiene que exhibir un déficit respecto de algún presupuesto constitutivo del injusto del hecho, de modo tal que éste pueda imputarse al hombre de atrás como autor mediato. A favor de esta interpretación no sólo habla la fórmula “a través de otro”, que en un contexto sistemático lleva a concluir que este “otro” sólo es empleado instrumentalmente, sin portar responsabilidad por la realización del tipo.[14] Igualmente importante es que la parte especial del Código Penal alemán conozca varios delitos en los cuales los mismos presupuestos fundamentan determinadas formas de autoría mediata, por ejemplo: la certificación falsa mediata a través de un funcionario público, o la provocación de una declaración falsa ante un tribunal. Estos delitos de autoría mediata tipificada exigen que el hombre de adelante, que ejecuta el hecho inmediatamente - el funcionario público con facultades de certificación en el primero caso, o el testigo en el segundo - precisamente no actúe de modo delictivo.

Con ello, al menos bajo la situación jurídica vigente, en la autoría mediata se trata de un hecho punible en el cual están involucradas dos personas, cada una de las cuales no realiza por sí misma un determinado componente del injusto. Si bien el hombre de adelante condiciona de propia mano la realización del tipo, él no es responsable por ésta, por actuar de modo atípico o bajo el amparo de una causa de justificación; el caso más frecuente es aquel en que el hombre de adelante se encuentra bajo un error de tipo, excluyente de dolo. Por su parte, en el hombre de atrás se realizan todos los demás presupuestos de la autoría, pero él no condiciona directamente la realización del tipo, tal como esto es exigido por el modelo de la autoría individual. Para que los componentes parciales realizados por ambas personas converjan en un hecho punible imputable al hombre de atrás, es necesario que éste sea competente por el déficit de injusto que exhibe el comportamiento del hombre de adelante. En el caso más usual, el hombre de atrás habrá puesto al hombre de adelante bajo un error de tipo, excluyente del dolo. Satisfechos todos los demás presupuestos, el

hombre de atrás tiene que responder jurídico-penalmente como si hubiese cometido el hecho por sí mismo. La autoría mediata, con ello, es una forma de autoría individual.

[De acuerdo con las consideraciones precedentes, la autoría mediata tiene poco que ver con un dominio del hombre de adelante por parte del hombre de atrás en el sentido de un poder fáctico. En la vida cotidiana, los seres humanos ostentan poder sobre otros de múltiples maneras, sin que esto tenga importancia en el ámbito del derecho penal, marcado por el principio de auto-responsabilidad. El “dominio” que el hombre de atrás ejerce sobre el hombre de adelante sólo puede ser fundamentado desde la perspectiva de un mundo normativamente ordenado, en el cual de cada ciudadano se espera el seguimiento de la norma, sin que nadie pueda invocar una alternativa de comportamiento antijurídica de parte de sí mismo o de otro para su propia exoneración. Ello significa: en la constitución de la autoría mediata ha de suponerse que el hombre de adelante habría actuado de conformidad a deber, si en él no se hubiese presentado el déficit de imputación en cuestión.]

## V. Coautoría [\[arriba\]](#)

1. También en la coautoría se imputa un comportamiento ajeno a una persona, con lo cual el principio básico de que sólo se es responsable, a modo de infracción de deber, por el propio comportamiento, se ve normativamente sobrepasado. Pero a diferencia de la autoría mediata, en la coautoría el hecho global se imputa a cada uno de los coautores como propia infracción de deber. El presupuesto para ello, según el Código Penal alemán, está en la “comisión conjunta” del hecho (parágrafo 25 II StGB), que también se da si alguno de los intervinientes sólo realiza un componente parcial del hecho global, o incluso si sólo contribuye mediatamente a la realización del tipo, en la medida en que su contribución pueda ser vista como parte de un proceder conjunto.

Con ello, la adscripción de una infracción de deber por coautoría implica una excepción al principio *ultra posse nemo obligatur*. Esta excepción no se deja justificar con la referencia al dominio funcional del hecho; desde un punto de vista fáctico, la capacidad de acción fundante de la autoría es irreduciblemente individual. El impedimento de que otro infrinja su deber es algo completamente distinto de la evitación de una realización del tipo a través del propio comportamiento. A modo de ejemplo: Si A sujeta a O con violencia mientras B sustrae su billetera, puede que, de haberse abstenido de sujetar a O, A hubiese dejado fallar una condición necesaria para que B pudiera sustraer la billetera. Sin embargo, A no infringe por sí mismo el deber, que resulta de la prohibición del robo, de evitar la sustracción; y tampoco B infringe por sí mismo el deber, resultante de la misma prohibición, de no ejercer violencia sobre otro. A no puede omitir la sustracción de la billetera, así como B no puede omitir la sujeción violenta de O.

Para que en la coautoría a cada uno pueda imputarse la infracción de deber conjunta, generada a través del actuar de todos los intervinientes, no es suficiente entonces asumir la posibilidad de un impedimento del hecho a través de la omisión de la propia contribución. Antes bien, a cada uno de los coautores tiene que ser normativamente imputable el comportamiento de cada uno de los demás como un comportamiento propio.[15]

2. La posibilidad de la imputación de un comportamiento ajeno como propio es evidente sin más para el derecho; rige aquí el ya mencionado principio de la representación: “Quod quis



per alium facit, per se ipsum facere videtur”. La coautoría también descansa en este principio. Pero en oposición a una simple representación, aquí emerge una peculiaridad. Para que cada uno de los coautores sea competente por el suceso global, cada uno tiene que ser responsable, por de pronto, de su propio comportamiento, y al mismo ser representado a través del comportamiento de cada uno de los demás. Así, los coautores tienen que representarse recíprocamente, en la medida en que cada uno efectúe su respectiva contribución tanto a nombre propio como a nombre de los demás.

A su vez, la representación presupone el reconocimiento de un correspondiente encargo o cometido. Lo cual significa: subjetivamente, los coautores tienen que actuar sobre la base de un plan conjunto.[16] Lo que un coautor hace en el marco del plan conjunto, lo hacen él “por todos y todos a través de él”. [17] En cambio, quien abandona el esquema común incurre un exceso y deja así de representar a los demás intervinientes.

Adicionalmente, la contribución de cada interviniente también tiene que ser “representativa”. Aquí yace el núcleo sensato de la teoría del dominio funcional del hecho en el sentido de la división del trabajo. Quien sólo colabora en el margen no es alguien que represente el hecho de un modo exteriormente expresivo, esto es, alguien que quiera dar la cara, de un modo relevante, por el quebrantamiento de la norma. La división funcional del trabajo es, en otras palabras, un presupuesto objetivo de la representación recíproca en el sentido de la coautoría. Pues el coautor no es meramente llamado a responder por su propia contribución contraria a deber, sino ya también por la realización objetiva del injusto en su totalidad.

De esto resulta que la coautoría, si bien representa una excepción al principio de la realización de propia mano del tipo delictivo, al mismo tiempo hace justicia a que sólo puede ser autor aquel en cuya persona se satisfacen todos los elementos del tipo. Pues también un coautor realiza el tipo en su conjunto, “en parte de propia mano y en parte a través de sus representantes”. [18]

## **VI. Aparatos organizados de poder** [\[arriba\]](#)

Para concluir, permítanme decir todavía una palabra acerca de la discusión sobre la posibilidad de una autoría mediata a través del aprovechamiento de aparatos organizados de poder. Ciertamente se ajusta a la intuición valorativa del sentido común que aquel que ocupa la posición jerárquicamente más influyente no puede cargar con menos, sino que incluso haya de cargar con más responsabilidad delictiva que el subalterno que -para decirlo vulgarmente- hace el “trabajo sucio”. Ello sugeriría vestir la responsabilidad del superior en la forma de intervención de la autoría (mediata), si él se vale del aparato de poder con una determinada finalidad delictiva. Pero la virulenta imagen mecanicista aquí involucrada - el engranaje de una organización jerárquica - lleva a desviar la vista de la estructura formal de la imputación. El derecho penal conoce el injusto de una comisión delictiva organizacional, mas no un criterio difuso de imputación de responsabilidad organizacional. El mundo de la imputación del derecho se encuentra ordenado con arreglo a expectativas normativamente fundadas: el comportamiento incorrecto de otro no grava con responsabilidad, así como tampoco exime de ella. Que las formas de comportamiento delictivo de diversas personas puedan entrecruzarse en una organización de modo

puramente fáctico, condicionándose y reforzándose recíprocamente, no afecta en lo más mínimo la auto-responsabilidad de cada uno por su propio actuar.

Recién si la estructura organizacional está configurada de un modo que afecte la fundamentación de la imputación, podrá ella condicionar la aplicabilidad de los correspondientes criterios de imputación. Así, si el aparato de poder está organizado según un plan puntual para la concreta realización de un tipo delictivo, una contribución ajustada a un esquema de distribución del trabajo podrá dar lugar a una representación recíproca, y así a la imputación del comportamiento ajeno como propia infracción de deber, en la forma de una coautoría. O una asunción de tareas de dirección organizacional puede conducir a fundamentar una posición de garante por supervigilancia, referida al impedimento de la posible actividad delictiva de los subalternos. Y también podría pensarse en una interpretación de la organización como medio para la determinación de otros a la comisión de hechos delictivos, con arreglo a los presupuestos de la inducción.

En cambio, si uno quisiera invocar las estructuras organizacionales para la adscripción de un comportamiento ajeno como propio en la forma de la autoría mediata, ello destruiría la ordenación sistemática de la teoría de la intervención delictiva, haciendo de ésta una colección incoherente de formas de intervención parcialmente superpuestas. Si también fuese posible, por ejemplo, una intervención por autoría mediata en la infracción de deber de otro, un mismo comportamiento podría representar tanto una inducción a un hecho ajeno como la comisión en autoría de un hecho propio. Con ello, por lo demás, el criterio para la coautoría, consistente en la exigencia de una contribución representativa a la realización del tipo, perdería su relevancia para la fundamentación de autoría. Si el criterio decisivo para la demarcación de la autoría y la participación no es fundamentado de modo genuinamente jurídico-penal, esto es, en referencia a la contrariedad a deber de un comportamiento, sino que según la existencia de poder fáctico, entonces no habrá criterio alguno para fijar los límites entre un poder jurídico-penalmente relevante y un poder jurídico-penalmente irrelevante sobre el comportamiento de otro. Determinados estímulos sexuales o ciertas dinámicas de grupos pueden ser tan efectivos como el aprovechamiento de estructuras organizacionales para ejercer control sobre otras personas. La fundamentación de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en otras palabras, es una construcción de la intervención jurídico-penal que resulta tanto dogmáticamente superflua como sistemáticamente inconsistente.

## VII. Resumen [\[arriba\]](#)

Quisiera resumir mis reflexiones, a modo de tesis, como sigue:

(1) Autor es quien a través de su comportamiento inmediato realiza un tipo delictivo de modo contrario a deber. El concepto de deber designa aquí la vinculación del destinatario de la norma a ésta con arreglo a su capacidad de acción. Si la norma no se dirige a cualquiera, sino sólo a personas en quienes se satisfacen determinadas cualidades especiales, entonces sólo estas personas especialmente obligadas pueden ser autores del delito en cuestión.

(2) Todas las restantes formas de intervención son ampliaciones normativas de la exigencia de una infracción de deber de propia mano. Por esto, ellas requieren de una base constitutiva legalmente establecida. El dominio del hecho fáctico no es, como tal, un

criterio dogmáticamente válido para la fundamentación de autoría. En particular, en un sistema coherente de la dogmática de la intervención no hay espacio para una autoría mediata en la forma en que ella es afirmada por la teoría del dominio del hecho en los casos de aprovechamiento de un aparato organizado de poder.

(3) Autor mediato es aquel que provoca la ejecución del hecho de propia mano por parte de otra persona que no actúa de modo plenamente delictivo, siempre que en su persona se vean satisfechos todos los demás presupuestos del delito. En cambio, es inductor quien determina a otra persona a cometer una propia infracción de deber dolosa.

(4) En la coautoría, las formas de comportamiento de varias personas son unificadas en un hecho global, que es imputable a cada uno de los intervinientes como propia infracción de deber, siempre que ellos se representen recíprocamente en el marco de un plan conjunto y que en la persona de cada uno se satisfagan los demás presupuestos de la infracción de deber.

-----  
[1] VDA tomo II, p. 1 (21).

[2] Cfr. solamente Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª ed. 2006, pp. 36 s.

[3] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 352 ss.

[4] Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 15 I1.

[5] Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, §§ 33 ss., elude el problema, al favorecer un concepto unitario de autor para estos ámbitos.

[6] Lampe *ZStW* 119 (2007), 471 (481 con nota 45), ve en la poco clara terminología un peligro de “dogmática de álbum de fotos”, en la cual cada uno podría llenar los espacios en blanco según sus propias representaciones.

[7] Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 354.

[8] A modo de ejemplo: quien dispara en contra de otro fácticamente ya no podrá suprimir el peligro así generado interceptando la bala o advirtiendo a la víctima.

[9] Acerca del trasfondo histórico Hruschka *ZStW* 110 (1998), 581 (595 ss.); Lampe *ZStW* 77 (1965), 262 (283 ss.).

[10] Al respecto también Bloy *GA* 1996, 424 (437 s.); Küpper *GA* 1998, 515 (519 s.); Mañalich, *Puppe-FS* 2011, 709 (713, 715 s.).

[11] Lo cual significa: sólo en relación con este concreto resultado. Pues una persona encerrada puede ser sin más capaz de acción respecto de la composición de un escrito; la vis absoluta aquí sólo se refiere a la incapacidad de hacer abandono del lugar.

[12] También: “Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum” o más brevemente: “Qui facit per alium, facit per se”, cfr. *Digesto* 26, 7, 5 § 3 mitad (Ulpian); también mencionado en *RGSt* 1, 146 (149).

[13] En cambio, véase el intento de Haas, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 86 ss., y *ZStW* 119 (2007), 519 (536 ss.), por restablecer el mandato como forma de autoría mediata; en contra Kindhäuser *GA* 2010, 542 (545); Mañalich, *Puppe-FS* 2011, 709 (719).

[14] Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, § 62 II 8; Hoyer en *SK-StGB*, 7ª ed., 2000, § 25 n.m. 93 ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*,

- 1993, 21/103; Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2004, § 21 n.m. 92.
- [15] Cfr. también v. Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, p. 136: “entonces.. cada uno tiene que haberse apropiado de la actividad del otro a través de su propia voluntad”. Así como (íbidem, p. 137): coautoría como “acuerdo recíproco” y “mutua apropiación de la voluntad criminal”.
- [16] Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts AT, 7ª ed., 1907, p. 153, habla de una “comunidad de voluntad” en el sentido de un entendimiento acerca de una voluntad común.
- [17] Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts AT, p. 159.
- [18] Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts AT, p. 147.